✠

POR EL CABILDO DE LA SANTA IGLESIA CATHEDRAL DE CADIZ,

EN EL PLEYTO

CON LOS CRIADORES DE OVEJAS, VEZINOS DE LA VILLA DE ALCALA DE LOS GAZVLES;

SOBRE

EL DIEZMO DE LA LANA de los añinos, y Carneros.



PRetenden los Criadores de Ovejas de la Villa de Alcalá de los Gaçules, no pagar el diezmo de la lana de los añinos, y Carneros, por dezir tienen en la dicha Villa costumbre inmemorial de no pagarlo; y aviendo sido oidos sobre ello, y precedido conocimiento de causa ante el Ordinario deste Obispado de Cadiz, proveyó auto de manutenciō de interim en fauor del Cabildo de la Santa Iglesia de Cadiz, reservando su derecho á las partes para el juizio petitorio, ò possessorio plenario. De este auto se apeló por parte de los Criadores del dicho ganado, y de averlo mandado executar el Ordinario, sin embargo de la apelacion pretenden valerse del remedio de la fuerça, para cuyo articulo se haze este informe.

1. Todo el fundamento de los Criadores del dicho ganado,

es dezir, que están en costumbre inmemorial de no pagar tal diezmo de la lana de los añinos, y Carneros; y que en la materia de diezmos se debe estar à la costumbre de cada lugar, *cap. in aliquibus. §. vlt. cap. commissum, cap. cum sint homines, cap. dilecti, cap. ad Apostolicæ de decim. l. 17. tit. 20. par. 1.* Monet. *de decim. cap. 5. qu. 4. num. 87.* ¶ Y en terminos proprios de vn
2. lugar q̃ por costũbre no pagaua diezmo de quesos, ni lana, lo prueba Rebuf. *de decim. qu. 13. nu. 51.* donde dize averse assi juzgado en fauor de tal costumbre. Y podràn tambien dezir, que bastaua que esta fuera de solo quarenta años, para deberse estar a ella, segun vna opinion comun, vt per Monet. *sup. num.* 103.

3. Sin embargo, por no averse probado en este caso la dicha costumbre como se debia, fue justo el dicho auto del Ordinario, y no haze fuerça alguna en executarlo, ex sequentib.

4. LO 1. que luego se ofrece para este articulo de fuerça es, q̃ por ser el dicho auto de manutenciõ solo de interim, es interlocutorio, y no se suspende por la apelacion; y assi en executarlo no se comete fuerça alguna, *cap. fin. §. de possess. 2. qu. 6.* Paul. Castr. *cons. 3. num. 2. lib. 2.* Couar. *pract. cap. 17. num. 2.* Menoch. *de ret. poss. rem. vlt. num. 48.* Osasc. *dec. pedam. 25. num. 14.* Rodr. *de an. redd. lib. 1. qu. 17. num. 45. & seqq.* Cancer. *tom. 3. var. cap. 14. nu. 36. & seqq.* Fontan. *de pact. nupt. clau. 7. Gloss. 3. par. 10. num. 86.* & ex alijs pluribus Jos. Ludo. *dec. Perus. 20. num. 7. & seqq.*

5. LO 2. aunq̃ para este articulo q̃ se trata de la fuerça, no toca el conocer principalmẽte de los meritos de la justicia del dicho auto, sino solo en quanto si es apelable, ó no, sin embargo se fundará breuemente en este discurso para mas exclusion del intento de la fuerça: pues demàs de tener el Cabildo por si, y como administrador perpetuo de los diezmos del Obispado de Cadiz, la assistencia del derecho (supuesta la assignacion notoria de los diezmos à las Iglesias Cathedrales de España) y probada su quasipossession general de percebir, y cobrarlos en todo este Obispado de Cadiz, la qual bastaua para la manutencion de lo que aora se trata. Rota, apud Seraph. *dec. 1382. nu. 1.* Maresc. *lib. 1. var. cap. 11. num. 1. & 18.* Monet. *de decim. cap. 8. qu. 3. num. 31.* Noguer. *alleg. 39. nu. 42.* & cum plurimis Post. *de manut. obser. 73.*

num.

*num.*154.& 166.Rot.pen.Farin.*dec.*484.& *dec.*652.*in Posth.*
6. *par.*1. ¶ Tiene tambiẽ probada en especial la quasiposses-
sion de percebir el diezmo de los Borregos, y lana de las
Ovejas del termino de la Villa de Alcalà deste Obispado
de Cadiz; con que es visto tenerla tambien, y conservarla
del diezmo de la lana de los añinos, y Carneros, que proce-
den de las dichas Ovejas, ex tradditis per Rot.*dec.*150.*nu.*3.
*par.*3.*recent.addent.*ad Greg.15.*dec.*557.*num.*10. Maresc.*lib.*2.
*var.cap.*95.*num.*17. Fontan.*de pact.nupt.clau.*4.*Closs.*19.*par.*1
*num.*77.& 78.vbi refert sui senatus decisiones; laté D. Joan.
del Castill.*lib.*7.*de tert.cap.*33.*nu.*5.& *seqq.*& *num.*15. & 16.
& nouissime Rot.*in vna Tolen.decimar.adducta*, per D.Did.
Ant.Fran.Episc. Barbast.*in pastor.inter.siue for.conuen.in apen-*
7. *di.post vota*, *fol.* 455. Y en terminos aun mas rigorosos Re-
buf.*de decim.qu.*14,*num.*23.& 24.ibi: *Unde si præscribens per-*
cepit maiores decimas (como en este caso lo son las de los
Carneros) *in vno loco per tempus immemoriale, & nullus ibi re-*
ceperit decimas minutas, si postea eas petat à laicis non poterunt ipsi
ei denegare, quia ius decimandi contra eos præscripsit ergo & in om-
nibus, nec poterunt se ipsi iuvare præscriptione non soluendi, vt su-
perius dixi; sequitur cum alijs Gutier.*canon.lib.*2.*cap.*21.*num.*
8. 87.& *seqq.*¶ Y son en terminos mas rigorosos, pues habla en
fauor del que adquirió el derecho de dezmar por prescrip-
cion; luego mucho mas haze en este caso en fauor del Ca-
bildo, que se funda en derecho comun, y no adquiere de
nueuo, sino conserva su derecho, que es mas fauorable, *ad*
l.fin.circa fin.C.de codic.
9. Y esto se corrobora considerando lo que cada hato, ó re-
baño, que se compone de Ovejas, y sus crias, que son los añi-
nos, y Carneros, es, y se tiene por vn cuerpo, *l.*1. §.*per hanc*,
10 *l.* 2. *ff. de rei vind.* Y siendo vn cuerpo, como vn fundo, no
puede ser en parte dezimable, y en parte no dezimable, *cap.*
cum in tua de decim.cap.ex parte 21.*vbi Closs.vnius eod.tit.l.eum*
*qui ædes, ff.de vsucap.*Fontan.vbi sup.
11. Y tambien se comprueba mas, con averse probado por
parte del Cabildo, que todos los años de tiempo inmemo-
rial a esta parte siempre ha arrendado la renta dezimal de
las Ovejas, y que en ella se comprehende el diezmo de la
lana, assi de Ovejas, como de los añinos, y Carneros, y que
ha

ha percebido, y cobrado los arrendamientos de los arrendadores, con que se prueba tener, y conservar la possession de todo el dicho diezmo, *Gloss. in l. qui vniuersas*, §. *quod per Colonum*, vbi & Bart. *ff. de adquir. possess.* Rot. cum Seraph. *dec.* 1200. *num.* 1. laté Post. *de manut. obseruat.* 24. *num.* 11. *&* 14.

12. Y si los arrendadores no han cobrado el diezmo de la lana de añinos, y Carneros, no han podido por esso perjudicar al derecho, y possession de la Iglesia, y Cabildo, ni intervertirla, *ad l. fin. C. de adquir. poss.* Ripa, *in cap. cum Ecclesia Sutrina, num.* 65. *de caus. poss. num.* 65. Rot. corā Seraph. *dec.* 1463. *num.* 3. Capic. *dec.* 57. laté Post. *de manut. obseru.* 35. *num.* 64. *& obseruat.* 59. *num.* 20. *& seqq. & num.* 29. Rot. *dec.* 184. *num.* 2. *par.* 1. *diuers.*

13. Y aunque la dicha doctrina, de que por la percepcion de vnos frutos se conserva la possession de otros omitidos, se limita quãdo otro está en la possession de todos, vt per Rot. *de manut. obseru.* 73. *num.* 172. no entra esta limitacion en este caso, por no aver otro que estè en la possession de percibir tal diezmo, ni averse probado por parte de los arrẽdadores la inmemorial en que se fundan, ni possession alguna con los requisitos necessarios, para adquirirla, y tenerla, como se manifiesta en lo que se sigue deste discurso.

14. LO 3. porque la inmemorial que alegã padece muchos defectos, como es, que sus testigos no consta q̃ sean de buena fama, como lo requiere la ley Real 1. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* y esta calidad se debia probar sin que baste la presuncion del derecho, vt cum Molin. Uelazq. de Avend. Joan. Garc. Azeved. Mier. & Ceuall. D. Joan. del Castill. *lib.* 7. *de test. cap.* 27. *num.* 6.

15. LO 4. porq̃ antes consta por las deposiciones de los mismos testigos, q̃ todos son vezinos de la dicha Villa de Alcalá, y por ello, vienen a ser interesados, vt singuli, en no pagar el dicho diezmo en la dicha Villa; y asi no hazen fé alguna, ex multis Couarr. *pract. cap.* 18. *num.* 4. *vers. Quarto iudices.* Hier. de Mont. *de fin. reg. qu.* 58. *num.* 10. *&* 11. Afflict. *dec.* 400. *post. num.* 5. Roland. *cons.* 72. *num.* 13. *& seqq. lib.* 2. laté Farin. *de testib. qu.* 60. *num.* 496. *&* 533. & Oter. *de iur. pascen.*
16 *cap.* 32. *num.* 2. ¶ Y aun quando en este caso fueran interesados, no como vt singuli, sino vt vniuersi, no eran mayores de toda

toda excepcion. Hier. de Mont. *sup,num.* 12. & cum multis Farin.*sup.num.*456.& 458. y assi no serian idoneos para probar la inmemorial, *cap.licet ex quadam*, ibi: *Nisi forte personæ graues extiterint quibus merito sit fides adhibenda, de testib.* Angel. *in l.2.* §. *diem autem, ff. quem admod.testam.à per.col.2.* Molin.*de primog.lib.2.cap.6.num.29.& 30.*

17. LO 5. porque algunos de los dichos testigos no tienẽ la edad de 50. años y medio, q̃ por lo menos se requiere para probar la inmemorial. Molin.*sup.num.*40. & cum pluri mis Ceuall.*de cognit.per viam violent.qu.55.num.fin.* D. Joa. del Castill.*dict.cap.27.num.7.* Marescot. *lib.2.var.cap.100.*

18 *num.9.* ¶ Y muchos dellos no afirman, que no se ha pagado tal diezmo, sino dizen, que no han visto, ó que no saben si se aya pagado; y assi ni prueban de afirmatiua, ni la negatiua. Rota, apud Seraph.*dec.*1457.*num.*1. como era necessario probassen vna, y otra, *Gloss. fin. in cap.1.de prescript.lib.6.* D. Joa. del Castill.*sup. num.2*, Rota, coram Gregor.15.*dec.*196. *num.*1. Velazq. de Avend.*in l.41.Taur.Gloss.*16.

19. LO 6. porque ningunos de los testigos deponẽ de la negatiua de oídas, de q̃ ellos, ni sus mayores no han oído cosa en contrario, como tambien se requiere para prueba de la inmemorial, *dict.l.1.Recop. dict.Gloss. fin. in dict. cap.1.de præscript.in 6*, D. Joa. del Castill. *vbi sup.num.*11. Marescot. *sup.num.*10. Rota, apud Gregor.15.*dec.*196.*num.*1.& *dec.*541 *num.*5. penes Post.*post tract.de manut.* Loter.*lib.2. de re benef. cap.*38.*num.47.in fin.*

20. LO 7. porq̃ tampoco deponen, que ha sido, y es publica voz, y fama, como era necessario lo depusiessẽ por palabras de preterito, y de presente. Rota, *in dict.dec.*196. *nu.*1.

21 & *in dict. dec.*541. *num.*5. ¶ Y assi no bastarà dezir los testigos, q̃ lo oyeron publicamente, ex alijs Avend.*in l.41.Taur.*

22 *Gloss.vlt. num.*1.& 3. ¶ Ni tampoco bastaria el articularlo, y deponerlo en la vltima pregunta general que se suele poner en los interrogatorios, ex alijs Molin.*dict.cap.6.num.*38. ex Rota, & alijs Mascard.*de probat.concl.*752.

23. Y en todos los dichos requisitos debian ser contestes los testigos, sin que bastasse que vno depusiesse de vno, y otros de otro, segun la comun opinion que ha seguido siempre la Rota Romana, Mantic.*dec.*289.*num.*4.& coram Greg.15.

*dec.*252.*num.*3.*vbi add.num.*15.referunt aliás Rotæ decisio-
24 nes,& Maresc. *sup.num.*10. ¶ Y en materia de probanças se debe seguir, è imitar la observancia de la Rota Romana, Mascard.*concl.*749.*num.*5.

25. LO 8.quãdo por los dichos defectos no estuuiera en este caso excluìda la inmemorial, bastàra q̃ por ellos se hiziera algo dudosa para no deberse atender en el juizio, ó articulo de manutenciõ de interim, sino deberse remitir al petitorio adõde toca por mirar al titulo,*cap.cũ personæ,* §.*fin. de priuil.in* 6.ex Rot.Maresc.*lib.*1.*var.cap.*11.*num.*7.& 8. & in proprijs terminis cum alijs Rotæ, *decis. in vna Hispal. decim.*coram Rich.25.*Iun.ann.*1649.adducta per Dian.*post.par.*10. *fol.mihi* 41. D.Solorç. *lib.*3. *de iur. indiar. cap.*21.*num.*54. & 55. *tom.*2.

26. Y para que en virtud de la inmemorial se pudiesse dar la manutencion á las partes contrarias contra la asistencia del derecho,era necessario que aquella fuesse clara, y notoria,ó canoniçada por tres sentencias. Rota,*dec.*197.*num.*8. penes Post.*de manut.& ipse* Posth.*ex alijs decis.obseru.* 45.*num.* 30. & Rota in terminis in dict.Hispal.penes Dian.*vers.Cum itaque*, D.Solorç.*sup.num.*55.

27. LO 9.tambiẽ se excluye en este caso la inmemorial por lo mismo q̃ las partes han alegado,y articulado,y probado con sus mismos testigos; esto es,q̃ nunca se ha pedido tal diezmo de la lana de añinos, y Carneros en la dicha Villa de Alcalà, de que se sigue,que mientras no ha avido interpelacion alguna por el dicho diezmo, no puede aver prescripcion, ni possession en derecho negatiuo de no pagarlo,*ex Gloss.communiter recepta in l.qui luminibus, vbi DD.ff. de seruit.* Alex.*cons.*136.*num.*19.*lib.*2.Capic.*dec.*209.*num.*25. Mascard.*de probat.concl.*1120.*num.*82.Padilla *in l.*1. *num.*14. & 15.*C.de seruit.*Loter.*lib,*2.*de re benef.qu.*31.*num.*29.Posth. *de manut.obseru.*10.*num,*99.&Rota,penes eum,*dec.*186.*nu.*7.
28 Cyriac.*controu.*667.*num.*27. ¶ Y en proprios terminos,que mientras no ay interpelacion por el diezmo, y se deniega, no se puede dar prescripcion, ni possession de no pagarlo. Rota,apud Seraph.*dec.*1102.& penes Paul.Rub.*dec.*23.*num.* 1.*par.*1.Post.*dict.obseru,*10.*num.*101.Noguer.*alleg.*29.*num.*43 & nouissime D. Didac. Ant, Fran. *in pastor. inter.in apendice*

post

*post vota num.*6.donde cita otras muchas decisiones, & te-
29 nuit etiã Rot.*in dict.Hispal.*penes Dian.*vers.Secundo.* Donde con Alex.Bursat.y otros prueba, que procede esta doctrina en la inmemorial, y dá la razon, porque el tiempo solo no es modo de quitar la obligacion, y la libertad no se prescribe sin hecho del prescribente, y mientras no es interpelado, ni niega el pagar, no ay de su parte hecho, y mas es vna abstinencia, ó cessacion de no pagar, que vso, ó costumbre; y tiene ser esta opinion la mas verdadera, y comun con Cephal. Bec. y Riminal. *cons.*589.*num.*47. *& seqq.* dende responde a los contrarios, y la dicha *dec.Hispal.* añade a Rouit. y otras decisiones, y por esta opinion afirmatiua est tambien Noguer. *dict.alleg.*29.*num.*43.

30. Y se comprueba, porque para prescribir derechos incorporales es necessario que conste de la intencion del prescribente en posseer, *l.fin.ff.de itin.actuq; priu.l.fin.ff.quẽ adm.seru. amit.Gloss.in cap.cum Ecclesia sutrina, verb.vocem, vers.Hoc nõ sufficit de caus.poss.& prop.*& ex pluribus D.Salga.*de reg.prot.* 3.*par.cap.*9.*num.*14.

31. La qual intencion no se puede deduzir de acto mere negatiuo, sino es necessario algun acto positiuo: *Cum ex nihilo, nihil fiat.* Hostiens. *in proposito in sum. de consu.* §.*vlt.num.*14. ibi: *Item quia ratio naturalis non patitur, vt non ens, sit causa en-*
32 *tis.* ¶ Y asi no puede producirse prescripciõ de acto mere negatiuo. D.Larrea, *alleg.*16.*num.*19.

33. Y procede con mas fuerça esta opinion en materia de diezmos, no solo porque no tienen dia cierto para la paga
34 que interpele, *ad l. magnam, C.de comi.stip.* Sino tambien por aver vna opinion de que el diezmo no se debe mientras no se pide por parte de la Iglesia, ex Archid.*in cap.*1.*de decim, in* 6. & Felin.*in cap.si autem, col.*4.*ante mediũ de resc.* Bald.*de præscript.par.*5,*quæst.septimo, num.*12, & ex alijs Xamar. *rer.iud. dec.*107.Y aunque esta opinion no es la que se sigue, ni debe seguir contra la Iglesia, por lo menos persuade que en los diezmos es mas necessaria la interpelacion, que en otras
35 cosas en que no ay tal opinion. ¶ Y siendo verisimil, que en este caso los Criadores del dicho ganado por fundarse en esta opinion ancha de no aversele pedido el diezmo, lo han dexado de pagar, se sigue que no lo han prescripto in

futu-

futurum, y q̃ en pidiendoſelo, lo deben pagar, ex D. Thom. & Archid. Balb. *ſup. num. 5. verſ. Sed eſt notandum*, ibi: *Quod vbi de conſuetudine decimæ non ſoluuntur, non peccant non ſoluentes, niſi propter obſtinationem animi, vt ſi haberent animum obſtinatum ad non ſoluendum etiamſi Eccleſia peteret, vel præciperet, quia tunc tales peccarent mortaliter: erunt ergo excuſati non ſoluentes propter conſuetudinem ratione præteritarum decimarum, & futurarum quo vſque petantur.*

36. Y es veriſimil, que mientras no ſe les ha pedido el diezmo ſe fundaſſen en eſta opinion de no pagarlo, por eſcu-
37 ſarlos de culpa, *l. merito, ff. pro ſoc.* ¶ Y porque en duda ſe preſume, que vſauan del derecho comun, y no de preſcribir,
38 Mareſc. *lib. 2. var cap. 100. num. 6.* ¶ Y tambien por eſcuſarlos de mala fé, que tambien impediria la preſcripcion, *cap.*
39 *poſſeſſor. de reg. iur. in 6.* ¶ Y lo que tiene veriſimilitud ſe debe entender, y ſeguir, pues eſta es la cabeça de todas las interpretaciones, *l. ob carmen, §. fin. ff. de teſtib.* & ex pluribus D. Larrea, *alleg. 28. num. 17.*

40. Y no puede obſtar en eſte caſo la opinion negatiua contraria que tiene, que en la inmemorial no es neceſſario que conſte de la interpelacion, vt per Avend. *de cenſ. cap. 8. num. 24.* & D. Joa. del Caſtill. *lib. 7. de tert. cap. 29. num. 8. & ſeqq.* Porque demás de que baſtaua la altercacion grande de los Doctores ſobre eſte punto, y ſer tan controuertido, y dudoſo, para que la excepciõ de la inmemorial requiera mayor conocimiento de cauſa, y que aſsi no ſe atienda en el juizio poſſeſſorio de manutencion de interim, que aora ſe trata, ſino ſe deba reſervar para el petitorio, como en terminos proprios, lo reſponde, y tiene la Rota, *in dict. Hiſpal. decim.* penes Dian. *verſ. Et quamvis*, donde cita otras deciſsiones; no entra, ni puede entrar en eſte caſo la dicha opinion negatiua, por tres razones.

41. La primera, porque no eſtamos en terminos de inmemorial, pues no eſtá probada en eſte caſo por los defectos arriba notados.

42. La ſegunda, porque aunque no huuiera los dichos defectos, ay otra opinion que diſtingue, y entiende la opinion negatiua, quando ſe prueba alguna interpelacion, ó la ciencia, y paciencia de la otra parte, dentro de los quarenta años antes

antes del pleyto, vt per Couar. *in regu. possessor. par. 2. §. 4. nu. 6. vers. Posterior*, & cum Inocen. Hostien. Joa. And. Butr. & Rota, Loter. *de re benef. lib. 1. qu. 24. num. 209. & 226.* Donde
43 dá la razon, porque el fundamento de la inmemorial es la quadragenaria de vista, y mientras esta no se prueba concluyentemente con la paciencia, y aquiesciencia de la otra parte, no se puede dar la inmemorial, *ex Gloss. in dict. cap.*
44 *1. verb. memoria*, & Rota, *dec. 254. nu. 1. in fin. par. 1. recent.* ¶ Y assi esta opinion distinguiẽte es en fauor de la Iglesia, pues no se ha probado tal interpelacion en ningun tiempo, ni la
45 ciencia, y paciencia. ¶ Y por ser esta opinion distinguiente, y que concilia las dos opiniones contrarias entre si, se debe preferir, y seguir, *ex Gloss. in l. apud antiquos, verb. omnibus. C. de furt.* Lar. *de aniuer. lib. 1. c. 9. nu. 48.* Ceu. *comun. in præfa. nu. 57.* D. Valenç. *cons. 121. num. 4.* Surd. *cons. 360. nu. 30.* Menoch. *de præs. lib. 2. præs. 71. num. 47.* Giurb. *cons. 75. num. 11.*

46. La tercera, y que es muy digna de atender, es, que la opinion negatiua habla, y procede quando no se ha probado la interpelacion (porque entonces se presume en la inmemorial) pero no en este caso, en que las mismas partes que se fundan en la inmemorial alegan, y prueban con sus mismos testigos, que nunca se ha pedido tal diezmo en aquella Villa de Alcalá, y que assi lo han oido a sus mayores; porq̃ en estos terminos con esta afirmacion, no solo excluyen la presuncion de aver avido la interpelacion, sino destruyen, ò impiden la prueba de la inmemorial. Hostien. *in sum. tit. de consuet. §. vlt. num. 14.* ibi: *Nunquid ergo sic potest allegari cõsuetudo? Non potest petere hoc, vel facere, quia consuetudo est quod hoc non petatur, vel non fiat: certe videtur quod non, propter rationes quas sup. proximo vers. induxi, item quia naturalis ratio non patitur quod non ens sit causa entis*; & Alex. *cons. 45. num. 5, vol. 2.* & cõprobatur ex tradditis per Aym. Crau. *de antiq. temp. par. 4. cap. absolutis, nu. 60. & seqq.* Pet. Barb. *in rub. cap. de præscrip.*
47 *num. 356. & seqq.* Rebuf. *de decim. qu. 13. num. 92.* ¶ Y se manifiesta esto; porque afirmando, y probando las partes contrarias que nunca se ha pedido tal diezmo, es lo mismo que afirmar, y probar que nunca han adquirido, ni tenido possession de no pagarlo, *dict. Gloss. in l. qui luminibus, & DD. sup. num. 27.* & comprobat ex Inocen. Loter. *lib. 1. de re benef.*

48 *dict. qu.* 24. *num.* 222. Y no teniendo possession, no pueden tener prescripciõ alguna, *cap. sine possessione de reg. iur. in 6.* La qual regla procede tambiẽ en la inmemorial, vt per Couar. *in dict.* §. 4. *num.* 6. *vers. Posterior.* Cyriac. *controu.* 178. *num.* 53. & 55. Pet. Balbo. *in l. competit, num.* 129. *C. de praescrip.* & cum alijs Larr. *alleg.* 16. *num.* 1. *tom.* 1.

49. LO 10. porque es llano que en los derechos incorporales no se puede dar prescripcion, ni possession alguna, sino es probandose la ciencia, y paciencia del contra quien se prescribe, *l.* 2. *vbi Gloss.* & Bal. *C. de seruit.* Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 23. D. Salg. *de reg. protect. par.* 3. *cap.* 9. *num.* 13. & 16. Y en terminos de diezmos, Rota coram Seraph. *dec.* 1463. *num.* 5. Mantic. *dec.* 40. *num.* 9. & *dec.* 207, *nu.* 6. & *in dict. Hispal. de im.* adducta per Dian. *post par.* 10. *fol.* 41.

50 Y en este caso no se ha probado, q̃ aya avido ciencia, y paciencia del Cabildo; y assi està tambien en su fauor la opinion comun de los Doctores, que tiene ser necessario probar esta ciencia, y paciẽcia en la inmemorial, vt ex Inocen. Host. Joa. And. Burat, & Rot. Loter. *dict. qu.* 24. *num.* 209. & 226. & Bar. Bal. Alex. Raud. Aret. Salic. Ferrar. & Caualc. relati per adden. ad Molin. *dict. cap.* 6. *num.* 15. & Mascard. *de probat concl.* 1215. *num.* 45. qui refert Alb. Brun. Joa. Garc. *de nobil. Gloss.* 7, *num.* 7. qui hanc opinionem veriorem dicit, & Achil. Pedro. Sfort. & Couar. & alij relati per D. Joan. del

51 Castill. *dict. lib.* 7. *de ter. cap.* 28, *num.* 4. Donde refiere la razõ, porque en los derechos incorporales la ciencia, y paciencia es de ratione intrinseca de la possession, y prescripcion etiam inmemorial, ex Couar. Petr. Barb. & Joa. Garc. ab eo adductis.

52. Y aunque ay otra opinion negatiua contrária, que tiene no ser necessario probar la ciencia, y paciencia en la inmemorial, porque donde esta se prueba, se presume aquella, ex multis adductis per Molin. *dict. cap.* 6. *num.* 15. & D. Joa. del Castill. *dict. cap.* 28. *num.* 5. no obsta esta opiniõ en este caso, porque demás de no estar probada en él la inmemorial, como se ha mostrado arriba, ay aqui otras dos razones que ex

53 cluyen la dicha opinion. ¶ La vna, que en este caso no se puede presumir por la inmemorial la ciencia, y paciencia del Cabildo, por ser siempre ausente de la Uilla de Alcalà; y assi

y assi tiene en su fauor, no solo la presuncion general de el derecho, *ex cap. præsumitur de reg. iu. in 6. l. verius, ff. de probat.*

54 Sino la especial de la ignorancia, por la razon de la ausencia, *l. Titius, ff. de lib. & posth. l. plane, ff. de excus. tut. Gloss. in dict. cap. præsumitur, vers. Tertio*, Mascar. *de prob. concl.* 880. *nu.* 2. ¶ Y

55 esta especial presuncion procede aunque la cosa sea publica en la dicha Villa, porque para el que està ausente no lo es, ni es visto saberla, *ex l. is potest, ff. de adq. hæred.* Mascar. *sup. concl.* 879. *num.* 19.

56. La segunda, porque la opinion negatiua, y la controuersia entre las dos opiniones, es sobre la inmemorial, q̃ mira al titulo de no dezmar; mas no parece que puede proceder sobre la quasipossessión, que es la que se trata, y debe mirar en este juizio possessorio de manutencion que aora se trata, pues en quanto á la quasipossession, es sin controuersia que se debe probar la ciencia, y paciencia, pues sin esta, no se puede aquella tener en los derechos incorporales, *ex d. l. 2. C. de seruit. vbi Gloss.* & cum plurimis D. Salg. *de reg. protect. par. 3. cap. 9. num. 13. & seqq.*

57. Y assi es llano, que para este juizio sumario possessorio era preciso probar la ciencia, y paciencia del Cabildo, y q̃ no bastàra probar la de algunos Prebendados, sino la del Cabildo congregado capitularmente. Oldran. *cons.* 77. *nu.* 1. Surd. *con.* 28. *num.* 104. *& seqq.* Cost. *de fact. ignor. cent.* 2. *distinc.* 1. *num.* 55. Grat. *discept.* 601. *num. fin.* Avend. *de censib. cap.* 68. *num.* 14. *ad fin.* Giurb. *dec.* 106. *num.* 14. Rota, coram Comit. *dec.* 21, *num.* 8. *&* 9.

58. Y aun tambien la ciencia, y paciencia del señor Obispo de Cadiz, por la parte q̃ tiene en el dicho diezmo, Calder. *cons.* 11. *in fin.* Capic. *dec.* 57. & cum plurimis Gonçal. *in reg.* 8. Cancel. *Gloss.* 45. *num.* 32. *&* 33. Jul. Viuia. *de iur. patro. lib.* 5.

59 *cap.* 4. *num.* 31. *&* 32. Donde prueba, que por la inciencia de el vno solo se conserva el derecho del otro que lo sabia, por ser indiuiduo el derecho, *l. seruitus, l. si communem, ff. quem adm. ser. ami.* Post. *de manut. obser.* 4. *à num.* 7.

60. LO 11. porque el fundamento de la costumbre de no pagar el dicho diezmo, de que se valen las partes contrarias, ponderado arriba num. 1. no puede obstar en este caso, no solo por lo que queda fundado en este discurso, sino

ſino tambien ſe excluye por otros dos modos, que hazen
61 mas clara la juſticia del Cabildo. ¶ El vno, que ſupueſta la altercacion grande que ay entre los Doctores en diſtinguir la coſtumbre de la preſcripcion, y que muchas vezes las confunden por lo mucho que ſimboliçan, vt ex Arit. & Abb, notat Rota, *dec.*479.*num.fin.* penes Fario. *in Poſth.tom.*1. en eſte caſo es mas cierto, y juridico, que eſtamos en terminos de preſcripcion rigoroſa, y no de coſtumbre, por tres razones.

62. La primera, porque ſolo el pueblo, ó la mayor parte dél puede hazer coſtumbre, *l. de quibus*, vbi Bart. *num.*6.*ff. de legib. l.*5.*tit.*2.*par.*1. Suar. *de legib.lib.*7.*cap.*10.*num.*12. Y los Criadores de Ovejas de la Villa de Alcalá, no hazen ni la trigeſima parte della, y ſolo ſon vn genero de perſonas particulares, y aſsi no pueden hazer coſtumbre que tenga fuerça de ley, y derogue la ley Ecleſiaſtica de los diezmos; y eſta es razõ ſolidiſsima, q̃ no tiene reſpueſta, ſecund. Molin. *de primog.lib.*2.*cap.*6.*num*, 2. *&* 15. *&* 55. *&* 56. & cum multis alijs
63 Rota, *in dict.dec.*479.*num.*3. ¶ La ſegunda, porque quando algun derecho ſe adquiere a algun genero de perſonas (como en eſte caſo ſon los Criadores del dicho ganado) es preſcripcion, y no coſtumbre, ex Abb, *in cap. cum Eccleſia ſutrina, num.* 45. *de cau. poſſ. & prop.* & Rota, *in dict. dec.* 479.
64 *num.*4. ¶ La tercera, porque quando ſe quita el derecho a otro, como es la Igleſia en eſte caſo, no es coſtumbre, ſino preſcripcion, ex Rolan. Crauet. & alijs Joa. Garc. *de expenſ. cap.*9.*num.*43. Rota, apud Ceſ. de Graf. *dec.*2. *de his quæ fiu. à præl.num.*3. *&* 4. Beltram, ad Gregor. 15.*dec.* 191.*num.* 6. Larr.
65 *alleg.* 16.*num.*4. ¶ Y de la fuerça deſta razon ſe ſigue, que aun quando por el vſo de todo el pueblo ſe quita el derecho de otro pueblo, ò vniuerſidad, propriamẽte es preſcripcion, y no coſtumbre, ex Abb. Crauet. & alijs Couar. *in reg. poſſeſſor.par.*2. §.3.*num.*2. Matien. *in l.*1.*Gloſſ.*6, *num.*3. *&* 4.*tit.*7.*lib.*5, *Recop.* Suar. *de legib.lib.*7.*cap.*2, *num.*11.

66. El otro modo es, que quando en eſte caſo no fuera preſcripcion, ſino coſtumbre, eſta ſe ha de entender ſiendo legitimamente preſcripta, *cap.fin.in fin. de conſuet. dict. cap. cum*
67 *Eccleſia.* Rebuf. *de decim.qu.*13.*num.* 53. ¶ Y ſiendo inmemorial la que alegan las partes cõtrarias, la debian probar con los

los requisitos de la *Gloss. fin. in dict. cap. 1. de præscrip. in 6.* y de la *l. 1. tit. 7. lib. 5. Recop.* Molin. *de primog. lib. 2. cap. 6. num. 32. & ibi* adden. Matien. *in dict. l. 1. Gloss. vlt. num. 2.* Maresc. *lib. 2. var. cap. 100. num. 8. & seqq.* Y en este caso faltan todos los arriba notados, con que tambien se responde al lugar de Rebuf. *de decim. quæst. 13. num. 51.* citado arriba num. 2. de la costumbre de no pagarse diezmo de queso, y lana; pues demás de no deberse juzgar por exemplares, *l. nemo, C. de sent. & inter.* en aquel se probaria la costumbre legitime præscripta, como lo dize el mismo Rebuf. sup. num. 53. Ni alli se pagaua diezmo alguno de lana, como se paga en este caso.

68. Y si las partes contrarias quisieran valerse de costumbre quadragenaria, era menester q̃ fuesse de toda la dicha Villa,
69 y de la mayor parte della, *dict. l. 5. tit. 2. par. 1.* ¶ Y tambien q̃ fuesse con aprobacion del sumo Pontifice, *Closs. in cap. cum in tua de decim.* Rebuf. *de decim. dict. qu. 13. nu. 54.* & cum multis D. Solorç. *lib. 1. de iur. ind. cap. 21. num. 35. & lib. 3. cap. 21.*
70 *num. 4. tom. 2.* ¶ Y debian los testigos deponer de actos afirmatiuos, ó positiuos, contrarios á la ley Canonica de los diezmos, y no bastaria de actos negatiuos. Alex. *cons. 45. nu. 5 lib. 2.* Gratia. *dec. 148. num. 11.* Mascar. *de proba. concl. 424. nu. 3.*
71 ¶ Y assi por ser en derecho negatiuo, era necessario q̃ constasse de la interpelacion, y de la denegacion del diezmo, ex Alex. & adductis, *sup. num. 27. & 28.* & Maresc. *dict. cap. 100.*
72 *num. 6.* ¶ Y vltimamente, para el juizio possessorio que aora se trata, era preciso probar ciencia, y paciēcia del Cabildo, vt sup. num. 49.

73. LO 12. Quando en este caso no estuuiera por lo sobredicho excluida claramente la inmemorial, bastára que quedasse dudosa, ó opinable, no solo para que no se debiesse atender en este juizio possessorio de manuten-
74 cion, vt sup. num. 2. Sino para que en qualquier juizio, estādo dudosa, se debiesse juzgar contra ella, vt cum Afflict. Rolan. Curt. Iun. Cephal. & Honde. D. Joa. del Castill. *dict.*
75 *lib. 7. cap. 27. num. 4.* Cyriac. *contr. 321. nu. 80. & seqq.* ¶ Y mas por la Iglesia, pues en duda, ó en concurso de opiniones, se debe seguir la que es en su fauor, *ad l. sunt personæ, ff. de rel. & sump. fu.* cum multis Grat. *discept. 88. num. 6. & discep. 131. nu. 2.*
76 Sperel. *dec. 81. num. 29. par. 1.* ¶ Y aunque sea solo de vno, ó

D dos

dos autores contra la comun, ex Hoſt. & alijs Menoch. *de præſ. lib. 2. præſ. 71. nu.* 30. Thom. Sanch. *de matr. lib.* 1. *diſp.* 18.
77 *num.* 7. ¶ Y mucho mas en materia de diezmos, que por ſer tan fauorables, y en reconocimiento del vniuerſal dominio de Dios, *cap. tua de decim.* Azor. *lib.* 7. *inſti. mor. cap.* 24. *quæſt.* 9. en duda ſe debe juzgar en fauor dellos, Rebuf. *de decim. qu.* 10. *num.* 48.

78. Todo lo qual procede mas ſin duda para eſte articulo de fuerça, que aora ſe trata, pues para excluirla baſta que el Juez Eclesiaſtico aya ſeguido qualquiera opinion probable, vt per D. Salgad. *de reg. protect. par.* 1. *cap.* 2. *nu.* 26. *& ſeqq.* Ex quibus, &c.

Doct. D. Roberto Ramirez de Barrientos.

